

tucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, y la declaración de inconstitucionalidad, de carácter limitativo o restrictivo, con especial significado en el control de constitucionalidad de la omisión legislativa (*inconstitucionalidade por omissão*).

5. En fin, la *Jurisdição Constitucional* de Gilmar Ferreira Mendes es una obra de referencia para los estudiosos del control abstractos de normas, y un trata-

do de Justicia Constitucional que debe ser conocido. La importancia de este libro radica en el planteamiento y examen de categorías elementales del Derecho constitucional, que el autor maneja con autoridad y precisión. La mención y exégesis de las decisiones jurisprudenciales más significativas acerca de cada una de las cuestiones que se tratan, y una ubérrima y selecta bibliografía, son también otros elementos positivos que ofrece la obra.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, con prólogo de Héctor Fix Zamudio, 2002.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO\*

1. Eduardo Ferrer Mac-Gregor es un joven constitucionalista mexicano, discípulo del profesor Fix Zamudio y autor de otro libro sobre *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado* y coordinador de la obra en varios volúmenes de *Derecho Procesal Constitucional* editada por Porrúa. Estas dos obras ya fueron recensadas en números anteriores de este mismo *Anuario* y ahora corresponde hacerlo con un nuevo libro de su pluma, que, como señala el prologuista, resulta ser una breve pero muy documentada monografía a la par que oportuna en cuanto que complementa otros estudios que se han realizado sobre los tribunales constitucionales en Iberoamérica.

2. La obra se estructura formalmente en diez capítulos. Tras una introducción y una breve semblanza histórica de los instrumentos procesales de control constitucional, se refiere el autor al Derecho

procesal constitucional como una disciplina jurídica autónoma y los sectores que la integran: el orgánico, el relativo a la protección de las libertades, el transnacional y el local (regional).

También aborda el autor el concepto de tribunal constitucional, considerando que puede distinguirse un concepto formal tradicional («aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos») y un concepto moderno y más amplio que responde a su enfoque material («órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental»). Ello le permite concluir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN, en adelante) «se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional»<sup>1</sup>, estudiando asi-

\* Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> Por nuestra parte, no podemos ignorar ni el acercamiento ni la confluencia que se viene produciendo, hace ya muchos años, entre el sistema concentrado de control de la constitucionalidad y el llamado, desde Schmitt, sistema «difuso» ni, en particular, cabe ignorar que la asunción en Europa de un nuevo concepto de Constitución, que no es otro que el norteamericano de la Constitución como norma con un contenido esencialmente sustantivo y garantista, ha llevado en la práctica a una importante evolución desde el Tribunal

mismo todo el proceso evolutivo que ha conducido a tal resultado, que divide en dos etapas: una primera, que va desde 1928 hasta 1968; y una segunda etapa,

Constitucional austriaco originario de la *Oktoberverfassung* de 1920 hasta los tribunales constitucionales actuales europeos más relevantes y recientes. En este sentido, por ejemplo, la integración (Alemania) o no (España) en el Poder Judicial no puede considerarse un rasgo definitorio de un tribunal constitucional, siendo probablemente lo primero lo más coherente con el concepto material/sustantivo y normativo de Constitución que se ha asumido en Europa frente al concepto formalista-kelseniano o frente al concepto programático de la misma. Pero sí que hay, nos parece, elementos o rasgos de indispensable concurrencia para que quepa hablar de un tribunal constitucional, si se quiere que esta voz siga teniendo un significado propio y autónomo, a los que ya nos hemos referido en otra ocasión, precisamente con relación a la SCJN mexicana. No interesa aquí repetir cuáles son esos, pero sí destacar que uno de ellos se refiere a la necesidad de que el órgano jurisdiccional de que se trate no sólo tenga competencias constitucionales (al menos, las básicas), sino que, además, desde una perspectiva negativa y ya no positiva, no tenga tampoco competencias de mera legalidad propias de un tribunal de casación, apelación o primera instancia. Y este nos parece que es, justamente, el talón de Aquiles de la SCJN: el hecho de que tiene atribuidas competencias que le hacen entrar en el ámbito de la simple legalidad y ello no como resultado disfuncional que pueda producirse en ciertos casos como consecuencia de la difícil distinción entre constitucionalidad y legalidad (amparo, sobre todo) ni tampoco por razón de la trascendencia política de dichas competencias. Desde luego, no cabe dudar de que, materialmente, la SCJN se aproxima a un tribunal constitucional, ciertamente no tanto como la Suprema Corte norteamericana, pero, al mismo tiempo, nos parece que no cabe considerarla un verdadero tribunal constitucional, pues ese concepto amplio, material y moderno de tribunal constitucional prescindiría del que ha sido y sigue siendo un rasgo, formal hasta cierto punto si se quiere, pero esencial de los tribunales constitucionales: su concentración exclusiva en el conocimiento de litigios constitucionales, relativos a la aplicación de la Constitución y no de la mera legalidad sin ninguna relevancia constitucional específica. La tesis es probablemente polémica, pero estamos convencidos de que otra postura acabaría con la necesaria precisión conceptual de lo que ha de entenderse por tribunal constitucional y sin que ello obste para reconocer la proximidad material de algunos órganos de la constitucionalidad como la SCJN a los tribunales constitucionales, lo que permitirá estudiarlos en gran medida como si fueran un tribunal constitucional. En este sentido, consideramos que si bien las reformas constitucionales de los últimos años han aproximado a la SCJN a un verdadero tribunal constitucional, lo cierto es que no se ha osado llevar esta idea o pretensión hasta sus últimas consecuencias de forma coherente (muy probablemente por alguna de las razones que agudamente apunta Ferrer en su obra; Carpizo habla con todo atino de «miedo a la propia creación»), con el resultado de que mientras se mantenga la situación actual, la SCJN, como señalamos en otro lugar, «seguirá estando más cerca —en efecto— de ser un tribunal constitucional que un órgano jurisdiccional supremo de naturaleza casacional, pero no será todavía un tribunal constitucional en el sentido más estricto de la expresión, aparte de que —y esto es más grave— su funcionamiento será, en cierta medida, e inevitablemente, disfuncional», si bien tras recientes Acuerdos Generales del Pleno de la SCJN se ha producido una reducción de los asuntos de mera legalidad de que conoce dicho tribunal y la aproximación material a un tribunal constitucional ha sido todavía mayor, lo que, no obstante, no permite sostener, desde nuestro punto de vista que la SCJN se haya convertido ya en un verdadero tribunal constitucional. Estas tesis las desarrollamos en el libro *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, con prólogo de Francisco Fernández Segado, México, 1998 (1.ª reimpresión, 2001), pp. 24 ss. (en especial, pp. 42 ss.). Por otro lado, debe decirse que el propio autor no deja de reconocer que todavía la evolución de progresiva transformación de la SCJN no puede considerarse ultimada y, así, se refiere a la posibilidad de *lege ferenda* de convertirla *formal* y materialmente en un tribunal constitucional y también señala que «*prácticamente* el pleno de la Suprema Corte ya se ha convertido en un tribunal constitucional» (cursiva nuestra), con lo cual sus tesis no son tan lejanas, en realidad, de las aquí expuestas, como pudiera parecer *prima facie*. Por otro lado, el *modus operandi* de la SCJN sigue respondiendo más al de un Tribunal Supremo que al de un TC, en especial en las técnicas hermenéuticas.

que comprendería las reformas constitucionales de 1987, 1994, 1996 y 1999, si bien el autor se refiere también, con todo acierto, a ciertos Acuerdos Generales adoptados por la SCJN que también han incidido en ese proceso evolutivo, por cuanto que han permitido reducir el número de asuntos de mera legalidad de que habrá de conocer la SCJN a partir del año 2001.

Sobre la posible evolución de la SCJN, el autor se plantea cuatro posibilidades: a) lo que nosotros llamaríamos «transformación en un verdadero tribunal constitucional» y el autor considera que sería convertirlo no sólo material, sino *también formalmente* en un tribunal constitucional; b) crear un tribunal supremo o sala superior federal que absorba los asuntos de mera legalidad; c) crear una Sala constitucional dentro de la SCJN; d) fortalecer a la SCJN como verdadero tribunal constitucional, depurando sus competencias. Ferrer Mac-Gregor considera que la primera posibilidad es «una alternativa sólida y viable a mediano plazo cuando las estructuras constitucionales cambien y exista un debate serio al respecto», pero no actualmente por haber ciertos inconvenientes para ello: a) la ruptura de la unidad de jurisdicción por medio de la creación de una nueva jurisdicción; b) se crearía un cuarto poder del Estado; c) el peso histórico de la SCJN como máximo tribunal del país. La segunda alternativa de crear un tribunal supremo para los asuntos de mera legalidad, dejando a la SCJN los asuntos de constitucionalidad, también presenta el inconveniente de las fricciones que puede haber y la tercera posibilidad de crear una Sala Constitucional presenta el inconveniente de que puede convertirse en una supersala que revise la actuación del propio tribunal pleno. Por ello, se acaba inclinando, por exclusión, más bien por la cuarta posibilidad de continuar el progre-

sivo reforzamiento de la SCJN como tribunal constitucional.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, no hay razones para no dar un último paso hacia la creación de un verdadero tribunal constitucional (o, subsidiariamente, Sala constitucional), preferentemente integrado en el Poder judicial y concentrado en las cuestiones constitucionales, al tiempo que se conserva a la SCJN como tribunal supremo en todo lo que no se refiera a cuestiones constitucionales. La regulación actual no parece la más adecuada ni coherente, pues ni permite al órgano de la constitucionalidad centrarse en las cuestiones relativas a la Constitución ni tampoco garantiza la necesaria unidad del ordenamiento en materia de legalidad ordinaria en la medida en que sería deseable. Desde luego que la creación de un verdadero tribunal (o una Sala) constitucional habrá de llevar a ciertas fricciones con la jurisdicción ordinaria y en especial con la Suprema Corte<sup>2</sup>, pues la separación entre la legalidad y la constitucionalidad, en especial en materia de protección de derechos constitucionales, no es una separación absolutamente nítida y precisa con dientes y salientes que encajen a la perfección, pero ese no ha sido, en ninguna experiencia constitucional sólida conocida (especialmente, en Europa), más allá de algunos episodios más o menos dramáticos (y acaso justificados), un inconveniente serio o una mancha de entidad en el elevado grado de satisfacción general con que se juzga, por los juristas y por los ciudadanos (el caso alemán es bien significativo), el funcionamiento y el papel fuertemente integrador desempeñado por los tribunales constitucionales.

3. Otra cuestión abordada en el trabajo es el nacimiento de los tribunales constitucionales en la Europa de entre guerras (Austria, Checoslovaquia) bajo el

<sup>2</sup> Últimamente, véase KNIEP, «Problematisches Zusammenwirken beim Grundrechtsschutz zwischen BVerfG und Fachgerichten», *ZMR*, núm. 3, 2003, pp. 169 ss.

influjo kelseniano y su posterior expansión por prácticamente todo el orbe. El autor se centra, particularmente, en el estudio de los tribunales constitucionales en Iberoamérica, tema de tanta complejidad como interés por la enorme riqueza que presentan. Iberoamérica es un verdadero «laboratorio» de la jurisdicción constitucional y de los tribunales constitucionales, como también lo es, hace algo menos de tiempo, la Europa del Este, pese a lo cual, en muchas ocasiones, ha sido una experiencia que no se ha tenido suficientemente en cuenta a la hora de realizar ciertas formulaciones generales en el campo de la jurisdicción constitucional o el Derecho procesal constitucional, excesivamente apegadas a veces a los modelos de cuatro o cinco países europeos. El autor, a la hora de estudiar los tribunales constitucionales de cada uno de los países iberoamericanos, distingue según que dichos órganos se integren (Bolivia y Colombia) o no (Guatemala, Ecuador, España, Ecuador, Perú, Portugal) en el poder judicial, o sean incluso Salas constitucionales integradas en la Corte Suprema (Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Paraguay y Venezuela).

4. Por último, el autor se refiere también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que considera como un tribunal constitucional, y a la dimensión transnacional del Derecho procesal constitucional (Cappelletti) y aborda, asimismo, la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho interno así como la conveniencia de instaurar, respecto de los mismos, un control previo de inconstitucionalidad, por el que

nosotros hemos ya abogado decididamente por la singular naturaleza, sea cual sea la jerarquía que *internamente* se les reconozca, de los tratados internacionales<sup>3</sup> desde el momento en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»; y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los Tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá «invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado»<sup>4</sup>.

\* \* \*

Nos hallamos, pues, ante un libro que, como se habrá visto, pese a su brevedad, plantea una multitud de cuestiones y analiza rigurosamente los principales aspectos de los tribunales constitucionales en Iberoamérica, así como de la SCJN mexicana en cuanto órgano de la constitucionalidad, generando debate, como es propio de los trabajos académicos, y todo ello con un dominio de las categorías jurídico-procesales digno de encomio y sobre la base de la experiencia de quien ha sido Presidente de los Secretarios de Estudio y Cuenta (equivalentes a nuestros Letrados) de la SCJN, y en la actualidad desempeña también altas responsabilidades jurídicas en dicho Tribunal mexicano.

<sup>3</sup> Sobre ello, véase el novedoso e interesante trabajo de VÍCTOR BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un análisis de Derecho comparado*, Porrúa, México, 2003, en especial pp. 66 ss.

<sup>4</sup> Sobre ello, más ampliamente, en *La acción...*, cit., pp. 150 ss.